

El Derecho y el amor: sus modelos de relación *

Gregorio Peces-Barba Martínez
Universidad Complutense

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN.—II. RASGOS PARA CARACTERIZAR LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y AMOR EN EL MUNDO MODERNO: A) La separación. B) La sustitución del amor por el Derecho. C) La sustitución del Derecho por el amor.—III. BASES PARA UNA PROPUESTA INTEGRADORA.

I. INTRODUCCION

La intervención de un jurista, aunque sea filósofo del Derecho, en este curso produce dificultades. No estoy seguro de que lo que voy a decir pueda ser de alguna utilidad. Por el contrario, confieso que para mí sí que ha tenido mucha, porque me ha permitido dar un repaso a algunos temas, introducirme por primera vez en la importancia de otros y, por fin, comprender la imposibilidad de abarcar toda la problemática muy compleja de esta relación difícil e inusitada entre el Derecho y el amor. Aquí mi punto de vista es principalmente el del Derecho, aunque, al hilo de la comparación, se esclarezca probablemente algún elemento del amor —término no unívoco y que tiene diversos significados— siempre en relación con el Derecho.

En la literatura jurídica española actual sobre el tema contamos con la obra del profesor Legaz Lacambra *El Derecho y el amor*¹, ampliación del discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que llevó por título *Amor, amistad y justicia*². Mi planteamiento va a diferir sustancialmente del punto de vista del profesor Legaz, aunque su lectura me ha sido útil y me ha abierto, ciertamente, diversas perspectivas.

* Este artículo es el texto de una conferencia prevista para el verano de 1982, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander, y que no tuvo lugar por enfermedad del autor.

¹ Bosch, Barcelona, 1976.

² Madrid, 1969.

Intentar abarcar en el estudio toda la historia o al menos no acotarlo, como hace Legaz, a un momento histórico me parece poco esclarecedor y además un esfuerzo imposible en el corto tiempo de una disertación. Por otra parte, no es indiferente el momento histórico-cultural elegido. No cabe un criterio unitario para identificar el concepto de amor en Grecia, en Roma, en el mundo cristiano medieval o en el mundo moderno, ni tampoco el *eros* y la *agapé* o la amistad y la caridad, aunque todos ellos formen parte del concepto de amor. Por su parte, el Derecho no es conceptualmente idéntico en Roma, en la Edad Media o en el mundo moderno.

Por eso me centro en la relación tal como aparece a partir del tránsito a la modernidad. Es decir, en una sociedad crecientemente secularizada que supera en parte el tratamiento unitario de estos dos conceptos, tal como aparecían en el mundo antiguo y medieval, donde el origen religioso del Derecho, por una parte, y la dominación del pensamiento por la teología, por otra, favorecían el tratamiento conjunto e incluso la confusión. Así, por ejemplo, en la *Suma teológica* de Tomás de Aquino, en el Tratado de las Pasiones, se tratará el tema del amor (I-II *qu* 26 y sigs.)³ y también el tema del Derecho, que en nuestro autor se divide en el tema de la ley (I-II, *qu* 90 y sigs.) y en el tratado de la justicia (II-II, *qu* 57 y sigs.)⁴. Y, por poner un ejemplo, en el pensamiento griego clásico se puede citar la *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles, cuyo inolvidable libro V se refiere a la justicia, y los libros VIII y IX, en parte, se refieren a la amistad. Aristóteles llegará a decir «... que la amistad y la justicia se refieren a las mismas cosas y se dan en las mismas personas. En efecto, en toda comunidad parece haber alguna clase de justicia y también de amistad...»⁵.

Podríamos seguir, en la misma línea, con Sócrates, con Platón, con Cicerón o con Agustín de Hipona, pero bastan esas dos muestras tan representativas⁶.

También favorece la concreción y la comprensión de alguno de los problemas que se plantean el centrar el tema en el mundo moderno, a partir del tránsito a la modernidad por el profundo cambio que experimenta el concepto del Derecho, a partir de su conexión con el concepto de poder político. En efecto, con la aparición del Estado como forma política del propio mundo moderno, a diferencia del mundo político medieval, caracterizado por el pluralismo de poderes, la aparición del

³ Véase edición de la BAC, tomo IV, Madrid, 1954, págs. 685 y sigs.

⁴ Además de la edición de la BAC, ya citada, se pueden encontrar en la edición castellana de Carlos Ignacio González, Porrúa, México, 1971.

⁵ Libro VIII-9. En la edición bilingüe de María Araújo y Julián Marías con introducción y notas de Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, está la cita en la pág. 131.

⁶ Sobre el tema se puede ver el libro de Lombardi Vallauri, *Amicizia, Carità, Diritto*, Giuffrè, Milán, 1969. En España hace un estudio del tema de la amistad en el mundo antiguo y medieval Pedro Laín Entralgo en su obra *Sobre la amistad*, Revista de Occidente, Madrid, 1972.

concepto de soberanía como poder supremo que no reconoce superior, el poder pretenderá el monopolio del uso de la fuerza legítima, como dice Max Weber en *Economía y sociedad*⁷. Y el principal instrumento de ese planteamiento será el Derecho, primer atributo de la soberanía del Estado, que se convertirá así en el titular exclusivo y excluyente de la producción normativa, como explico con extensión en mi trabajo «Reflexiones sobre Derecho y poder»⁸. Ese Derecho moderno será Derecho estatal —producido por el Estado— y Derecho legal —a través de la ley—, expresión de la racionalidad de la soberanía popular, a partir de la revolución liberal. Es cierto que a partir del siglo XIX empezarán los movimientos de crítica al legalismo jurídico o, como también se le llama, al positivismo estatalista, desde los sociologismos, las doctrinas institucionalistas, el llamado movimiento del Derecho libre, el realismo anglosajón y escandinavo, etc., y se potenciará la importancia de otras formas de producción normativa, como el Derecho judicial, pero en todo caso la caracterización predominante y más completa del Derecho en la cultura jurídica de nuestro tiempo a finales del siglo XX es la normativista de Kelsen y Bobbio, que corrige, aunque mantiene en lo esencial, esa conexión entre poder y Derecho, y explica a este último a través del concepto de ordenamiento jurídico, conjunto de normas jerárquicamente unitarias a partir de la Constitución. No se trata aquí de hacer apresuradamente una historia de la cultura jurídica moderna, sobre todo porque esto no es un curso para juristas, y aunque es un tema ciertamente apasionante, sólo lo apunto a los efectos de constatar el profundo cambio del Derecho en el mundo moderno y de la inutilidad de pretender un estudio abstracto de la relación entre el Derecho y el amor, prescindiendo de la realidad histórica que ha incidido tanto en ambos términos.

Prefiero, frente a la confusión de ese tipo de punto de vista y al error que se produciría sin duda en las conclusiones a las que se pudiera en su caso llegar, hacer algunas reflexiones en un ámbito cultural más homogéneo marcado por el fenómeno de la secularización, rasgo clave de la sociedad moderna. En ese contexto se podrán señalar posiblemente algunos aspectos de la relación que valen para ese tiempo histórico, pero que serían inexplicables en otro. La historicidad de mi enfoque y la acen-tuación de ese fenómeno de la secularización, que excluye para nuestro tema perspectivas como las de Aristóteles y Tomás de Aquino de confusión de ambos términos, son los rasgos de mi exposición, desgraciadamente de imposible pormenorización en este trabajo⁹.

⁷ Véase la versión castellana de Johannes Winckelmann, con nota preliminar de José Medina Echevarría, en Fondo de Cultura Económica, México, 1944, 2.ª ed. de la 4.ª alemana, 1964, y primera reimpresión, 1969.

⁸ En mi libro *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 219 y siguientes.

⁹ Esta secularización o mundanización será, para Von Wiese, el rasgo fundamental de la ilustración, denominación que él dará a la moderna cultura europea. Así dirá: «... Por ilustración entendemos la 'moderna' fase de la cultura europea, en la que al orden autoritario de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se

Fijado como ámbito cultural homogéneo, en el mundo moderno quedan muchas posibles aproximaciones a la relación. Probablemente el pensamiento más común sea que hablar del Derecho y del amor supone exponer las formas en que el Derecho regula el fenómeno del amor. Pero existen otros enfoques más propios de la filosofía jurídica: los diversos modelos en que se pueden agrupar las formas de entender la relación entre Derecho y amor.

II. RASGOS PARA CARACTERIZAR LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y AMOR EN EL MUNDO MODERNO

Con la simplificación que supone toda sistematización, siempre superada por las relaciones en la vida real, el Derecho y el amor, desde esta perspectiva amplía del amor que abarca también a la fraternidad, la amistad, la caridad, etc., se relacionan desde varios puntos de vista, desde la radical separación hasta la sustitución del Derecho por el amor, pasando por la sustitución del amor por el Derecho. Naturalmente, estamos formando modelos que la realidad se encarga de desmentir en su pureza, por la complejidad necesaria que conlleva, pero que nos pueden ser de utilidad para llegar a algunas conclusiones. Estos modelos representan, puros o mezclados unos con otros en la vida real, las relaciones más profundas, que podemos calificar como relaciones internas.

A) *La separación*

La radical separación entre el Derecho y el amor, que excluye cualquier conexión, siquiera sea colateral, entre ambos términos, se manifiesta en algunas de las posiciones que vinculan al Derecho con la fuerza y que suelen coincidir también en señalar que las relaciones humanas reguladas por el Derecho son relaciones amigo-enemigo que tienen como motor impulsor al odio y que parten de una antropología pesimista. Dejando aparte los precedentes antiguos de algunos sofistas y desde una perspectiva religiosa, se puede señalar la figura de Lutero, que considera que los preceptos evangélicos no pueden gobernar al mundo y que los príncipes gobiernan con la espada —el Derecho se empieza a identificar

contraponen la soberanía de la razón abandonada a su propio juicio. La esencia de la distinción viene determinada por lo pronto, de un modo negativo por el alejamiento respecto de la cultura eclesiástica y teológica de la Edad Media, alejamiento que se lleva a cabo en el Renacimiento y que está metódicamente apoyado por el perfeccionamiento de las ciencias... De ahí que la ilustración signifique para nosotros, aquel proceso histórico espiritual en el que el hombre europeo se orienta más hacia un orden de vida puramente terrenal...» (*La cultura de la ilustración*, trad. española y prólogo del profesor Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954). Véase, asimismo, la reciente recopilación en dos tomos *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, edición de Lombardi, Vallauri y Dilcher en la colección «Per la storia del pensiero giuridico moderno», Giuffrè, Milán, y Nomos, Baden-Baden, 1981.

con la fuerza—. La función de ese Derecho es puramente instrumental: mantener el orden en la sociedad de pecadores¹⁰. El cristiano es libre de toda ley, desde el punto de vista de la salvación, y así dirá: «... Si todo el mundo estuviera constituido por cristianos verdaderos, no serían necesarios ni útiles príncipes, reyes, señores, ni espada, ni tampoco Derecho...»¹¹. Pero Lutero parte de una idea pesimista del hombre: todos son pecadores, y el Derecho, como fuerza para imponer el orden providencial, es necesario. El amor de unos a otros, de acuerdo con el evangelio, no tiene una realidad ni siquiera imperfecta en el reino terrestre que se regula por el Derecho. Esta radical separación en Lutero del amor, de la caridad y de la amistad respecto al Derecho abrirá en la cultura alemana, y luego se extenderá a otras, esa idea de que los hombres pueden ser siervos en el ámbito temporal, organizados por la coacción de la fuerza, y al mismo tiempo libres, amándose los unos a los otros, en el ámbito del Espíritu. La antropología pesimista conducirá a Lutero a la radical separación entre el Derecho y el amor y a la fundamentación primera del *Obrigkeitstaat*, del Estado de obediencia, mientras que en una antropología optimista, los mismos presupuestos conducirán, como veremos, a intentos de sustituir al Derecho por el amor en la organización de la convivencia o a buscar su coexistencia.

Otro ejemplo actual que confirma la conexión de estas posiciones con totalitarismos es el de Carl Schmitt, que acabará siendo el gran teórico jurídico político del nacional-socialismo. Partiendo de su conocido concepto de lo político basado en la dialéctica amigo-enemigo, sostendrá la tesis de que el mandato evangélico de amar a los enemigos se refiere sólo al enemigo privado —*inimicus*— y no al enemigo público —*hostis*— y que, por consiguiente, en el ámbito de la política, es decir, de la relación amigo-enemigo, regulada por el Derecho, no rige el principio del amor, sino, por el contrario, el del odio. Derecho y amor también se excluyen en Schmitt¹².

Mi impresión es que la contundencia dogmática de esa posición es insostenible tanto por no ajustarse a la realidad como por contener gérmenes éticos negativos. Los destinatarios y al mismo tiempo los generadores e impulsores tanto del Derecho como del amor son los hombres. La escisión entre el *ordo iuris* y el *ordo amoris* es impensable cuando el ser humano es motor y meta, como unidad profunda de ambas realidades. A efectos científicos se habla del *homo juridicus*, *homo economicus* o del *homo sociologicus*, título este último de una conocida obra de Ralph

¹⁰ Sobre el pensamiento jurídico de Lutero, véase Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, el capítulo titulado «Luther et le Droit», Montchrestien, París, 4.^a ed., 1975, págs. 279 a 307.

¹¹ Tomado del libro de Villey, citado, pág. 288, y es un párrafo de la obra *La autoridad secular*, de Lutero.

¹² Véase su obra *Der Begriff der Politischen*, Berlín, 1932, 2.^a ed., en Duncker y Humblot, Berlín, 1963.

Dahrendorf¹³. Las teorías de los «roles» o papeles sociales muy útiles para la investigación sociológica y para la acotación en todas las ciencias humanas de aquella perspectiva del hombre que interesa a esa ciencia concreta no puede eliminar la existencia del hombre real, aunque éste se moldee también por las pautas de comportamiento que aquéllas describen o formulan. El totalitarismo suele ser el fruto de ese tipo de planteamientos de exclusión del amor de las relaciones sociales públicas.

B) *La sustitución del amor por el Derecho*

El segundo modelo con el que nos tropezamos es el de la sustitución del amor por el Derecho. Es el modelo que subyace a todas las posiciones de dogmatismo religioso, de religión oficial, en las que el titular de la soberanía del poder civil es también cabeza de la Iglesia. Quizá el ejemplo más característico sea, al menos en sus orígenes, la Iglesia de Inglaterra. Así, en 1534, por una Ley, Acta de Supremacía, se declara al rey (Enrique VIII) como «... la única suprema cabeza en la tierra de la Iglesia de Inglaterra, llamada Iglesia anglicana...»¹⁴.

La profesión de fe de la Iglesia anglicana y la obligatoriedad en la asistencia a los oficios religiosos son signos de este mismo planteamiento. Los 39 artículos establecidos en los primeros años del reinado de Isabel I son el catecismo de la Iglesia anglicana. El artículo 37, referido a los magistrados civiles, señala este gobierno de la Iglesia por el rey como expresión del poder soberano.

«... Su majestad real tiene el poder soberano en el reino de Inglaterra y en sus otros dominios, y a ella pertenece el supremo gobierno de todos los Estados de este reino, sean eclesiásticos, sean seculares, y este gobierno no está y no debe estar sometido a ninguna jurisdicción extranjera... El obispo de Roma no tiene jurisdicción en este reino de Inglaterra»¹⁵.

El Derecho, instrumento de ordenación de la convivencia en la sociedad civil, se convierte también en elemento configurador de la sociedad eclesiástica inglesa —el Parlamento legislará profusamente sobre esos temas—, al ser el monarca cabeza de la Iglesia de Inglaterra. El Derecho sustituye al amor.

¹³ Véase sobre la edición castellana con prólogo de José Jiménez Blanco, traducción de José Belloch Zimmermann, publicada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

¹⁴ Para mayores detalles, véase las historias constitucionales inglesas, como por ejemplo, la de S. B. Chimes, *English Constitutional history*, Oxford University Press, Londres, Oxford, Nueva York, 1948; 4.ª ed., 1973.

¹⁵ La cita está tomada de la obra dirigida por M. Devèze y R. Marx, *Textes et documents d'histoire moderne*, S. E. D. E. S., París, 1968, págs. 155 a 157.

Quizá este modelo salga del pragmatismo de situaciones históricas concretas y se incorpore como forma de pensamiento abstracto en la filosofía del Derecho de Hegel.

Así, para Hegel, el amor será determinación de la unidad de la familia:

«La familia, como sustancialidad inmediata del espíritu, tiene como su determinación a su unidad afectiva, el amor, de suerte que su condición es tener la autoconciencia de la propia individualidad en esa unidad, como esencialidad que es en sí y para sí, por ser en ella no como persona para sí, sino como miembro...»¹⁶.

Estamos con este planteamiento en el primer momento de la idea ética que Hegel llama «el espíritu ético inmediato o natural...»¹⁷, que en su movimiento o proceso de objetivación llega a la constitución del Estado después de la sociedad civil. En el Estado se realiza la idea ética, y en ese supremo momento el amor propio de la familia es sustituido.

«El Estado es la realidad de la idea ética, es el espíritu ético en cuanto voluntad patente clara para sí misma, sustancial, que se piensa y se sabe y que cumple lo que él sabe y como lo sabe...

El Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí, individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y para sí. Esta unidad sustancial, como absoluto e inmóvil fin de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el ser miembros del Estado...»¹⁸.

El amor es superado en la dialéctica del Espíritu, al convertirse la moralidad en razón, y, como dice Pedro Laín, «el amor deja de existir en el Estado...»¹⁹. La Constitución, es decir, «la racionalidad desplegada y realizada»²⁰, y las leyes sustituyen al amor.

Pedro Laín lo dirá muy certeramente: «... Dando un giro hegeliano a la famosa sentencia de Sartre acerca de la realidad del hombre, podríamos decir que en el 'reino de la razón' el amor es 'una pasión inútil'. La general vigencia del Derecho haría ocioso el amor sobre la faz de la tierra...»²¹.

¹⁶ Véase G. F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, tercera parte, denominada «La eticidad», sección primera «La familia», 158. Cito de la versión castellana en la colección «Nuestros clásicos», F. C. E., México, 1975, con prólogo y nota bibliográfica de Juan Garzón Bates (la cita es de la pág. 175).

¹⁷ Véase «Introducción», a la tercera parte de la *Filosofía del Derecho*, 157 (en la edición citada, también, pág. 175).

¹⁸ Véase sección tercera de la tercera parte de *El Estado*, 257 y 258 (en la edición castellana citada, págs. 244 y 245).

¹⁹ En *Sobre la amistad*, cit., pág. 127.

²⁰ Véase 265 (en edición citada, pág. 253).

²¹ *Sobre la amistad*, cit., pág. 127.

C) *La sustitución del Derecho por el amor*

El tercer modelo supone la sustitución del Derecho por el amor. A mi juicio, tiene mayor interés que los modelos anteriores, porque vincula el tema con la utopía. Tampoco creo que establezca la relación correcta entre Derecho y amor, pero, sin embargo, su vocación utópica debe ser subrayada, porque creo que es una veta interesante y a profundizar en la teoría de la justicia.

Sin hacer un análisis exhaustivo, creo que esta posición se vincula a planteamientos anarquistas o libertarios como los que puede representar Leon Tolstoi. También se puede identificar con posiciones de autores que, aunque no se califiquen en su totalidad de anarquistas o libertarios, sí se sitúan en ese ámbito con todos los matices cuando abordan conscientemente o se ven abocados a tratar del Derecho y del amor. Aquí creo que se incluirían ciertas posiciones contractualistas al abordar el Estado de naturaleza, como es el caso de Rousseau o de Locke, y creo que también, con matices, la posición de Carlos Marx.

Leon Tolstoi, como dice Radbruch, «... atenido a su concepción de que toda conducta entre hombres sólo tiene sentido en cuanto sea expresión de una comunidad de amor, despoja, consecuentemente, de justificación a todo Derecho y a toda vida estatal...»²².

Este punto de vista de Radbruch se encuentra, por ejemplo, en *Resurrección*, donde el personaje Nejliudov razona frente al Derecho y a sus representantes, jueces, gobernadores, policías, lo que hoy llamamos los operadores jurídicos:

«... Todo esto ocurre porque los gobernadores, alcaides, médicos y militares creen que pueden tratar como les venga en gana a todo el mundo... Si se llega a admitir que existe algo superior a la ley del amor que gobierna a la humanidad, aunque sólo sea por una hora y en un caso extraordinario, entonces ya no hay delito ni crimen que no sean excusables... Quizá esos gobernadores y funcionarios y oficiales son necesarios, pero es horrible ver que los hombres no se aman entre sí ni se compadecen. Admiten como ley algo que no lo es y desprecian y desconocen la ley suprema, eterna, indiscutible que Dios ha grabado en el corazón de todos los humanos... Los hombres admiten que en algunos casos puede tratarse sin amor al prójimo. Eso es falso. No existen tales casos»²³.

²² Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, edición castellana de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 4.ª ed., 1959, pág. 55.

²³ Véase *Resurrección*, 2.ª parte, capítulo XL, en la edición de Obras escogidas de Tolstoi de Edaf, *Obras inmortales*, Madrid, 1974. Las citas se encuentran en esa edición en las págs. 396, 397 y 398.

Asimismo, en una famosa carta al zar Alejandro III en relación con la condena a muerte de los asesinos de Alejandro II en 1881. Tolstoi es enemigo de la pena de muerte y le dice al zar:

«... Señor, quienes quiera que seamos unos y otros, reyes o pastores, todos somos hombres esclarecidos por la doctrina de Cristo. Vuestra situación es dolorosamente terrible, pero precisamente la doctrina de Cristo nos debe servir de guía en las situaciones críticas... Vos, emperador, estáis dando al mundo la más insignificante lección de observancia de las enseñanzas de Cristo: devolver bien por mal...»²⁴.

El amor sustituye al Derecho, porque no pueden existir relaciones humanas sin amor²⁵.

La complejidad del pensamiento de Rousseau, sus inmensos matices, nos llevan a considerar con mayores reservas su identificación con el modelo que comentamos. Es indudable, sin embargo, que en su *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité* plantea una descripción del hombre primitivo y del Estado de naturaleza que se puede calificar como el anti Hobbes, puesto que el hombre primitivo es solitario, pero no es un lobo para el hombre. De su soledad no se desprende agresividad. Como dice Polin, «... hay que señalar que los primeros humanos son más sensibles a las ocasiones de asistencia que a las ocasiones de concurrencia... Espontáneamente, Rousseau se desembaraza de Hobbes, la soledad no predispone a la insociabilidad»²⁶.

En el Estado de naturaleza, «... la piedad es un sentimiento natural que, moderando en cada individuo la actividad del amor propio, concurre a la conservación mutua de toda la especie...»²⁷, mientras que la necesidad del Derecho surge cuando el hombre natural va degenerando y es atrapado por las pasiones. «... Hay que convenir primero que tanto las pasiones son violentas tanto más necesarias son las leyes para contenerlas: pero además de los desórdenes y los crimines que éstas causan todos los días entre nosotros, que muestran bastante la insuficiencia de las leyes para ese fin, sería quizá bueno examinar si esos desórdenes no han nacido con las mismas leyes...»²⁸.

Parece que en Rousseau, al revés que en Hobbes, el Estado de naturaleza es el mejor momento de la humanidad con el sentimiento de la

²⁴ La referencia está recogida del retrato biográfico de Tolstoi, de Felipe Huerta Tejedas, en edición citada en página anterior, págs. XL y XLI.

²⁵ Radbruch cita un trabajo de Tolstoi, *La ley de la fuerza y la ley del amor*, que no he podido manejar, y respecto del cual hay, al parecer, una edición alemana de 1909. (Véase Radbruch, *op. cit.*, pág. 55, nota 2, donde Tolstoi integrará todos los argumentos ya señalados.)

²⁶ Véase Polin, *La politique de la solitude*, Sirey, París, 1971, pág. 18.

²⁷ Véase Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Gallimard, París, 1965, presentación de Bertrand de Jouvenel, primera parte, pág. 77.

²⁸ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, cit., pág. 78.

piEDAD y de la conmiseración, mientras que el Estado de sociedad con el Derecho es el reino de la opresión.

«... Del cultivo de las tierras se sigue necesariamente su repar-to, y de la propiedad una vez reconocidas las primeras reglas de justicia, porque para dar a cada uno lo que es suyo hace falta que cada uno pueda tener alguna cosa...»²⁹.

Con esta afirmación que vincula Estado de sociedad, propiedad y primeras reglas de la justicia parece que, en sentido contrario, para el Rousseau del discurso, el Estado de naturaleza donde vive el hombre salvaje, con la piedad y la conmiseración, es más reino del amor en sentido genérico que del Derecho. En otros párrafos se dirá esto todavía con más dureza³⁰, y de alguna manera, la idea de justicia vinculada a escasez, como veremos, en Hume, y aquí a desigualdad en el Estado de sociedad, señala el momento del Derecho, mientras que el momento del amor y de la piedad excluye tanto la escasez como la desigualdad. Es el momento del Estado de naturaleza.

También se había planteado el tema en Locke, para el cual el Estado de naturaleza es un Estado de libertad y de igualdad. El amor mutuo derivará precisamente de la igualdad, y Locke se basará en Hooker para hacer ese planteamiento.

«El juicioso Hooker considera tan evidente por sí misma y tan fuera de toda discusión esta igualdad natural de los hombres que la toma como base de la obligatoriedad del amor mutuo entre los hombres»³¹.

No hay Derecho positivo en el Estado de naturaleza regido por el amor, aunque Locke reconocerá que, como puede haber hombres que

²⁹ *Ibidem*, pág. 100.

³⁰ Así, cuando Rousseau dice: «... tal fue o debió ser el origen de la sociedad y de las leyes, que produjeron nuevas restricciones al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron, sin vuelta atrás, la libertad natural, establecieron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, de una hábil usurpación hicieron un derecho irrevocable, y en beneficio de algunos ambiciosos sometieron desde entonces a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria...» (*op. cit.*, pág. 106). Por eso, en su obra *Le Contrat Social* intentará afrontar el tema. Así es conocida su famosa definición del propósito que le mueve: «... El problema fundamental al que da solución el contrato social es encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo que cada uno uniéndose a todos no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes...» (véase *Du Contrat Social*, en *Oeuvres Complètes*, tomo III, Bibliothèque de La Pléiade, de Gallimard, París, 1966, pág. 360).

³¹ Véase *Ensayo sobre el Gobierno civil*, edición castellana de Amando Lázaro Ros, con introducción de Luis Rodríguez Aranda, capítulo II, págs. 5 y 6. La obra de Richard Hooker, *Laws of Ecclesiastical Polity* (1597), es citada por Locke en su libro I. El texto de Hooker es el siguiente: «Esa misma inclinación natural ha llevado a los hombres a reconocer que tan obligados como a sí mismos están en amar a los demás...»

atropellen los derechos de los demás y, por consiguiente, que no se rigen por el amor, se ha puesto en manos de todos la ejecución de la ley natural. Los límites de la razón y de la conciencia llevarán a imponer una pena proporcionada a la transgresión para la reparación y la represión. Evidentemente, el individualismo racionalista de Locke no podía quedarse en una utopía del Estado de naturaleza, tan sólo basado en el amor. Yo diría que su Estado de naturaleza es menos libertario que el de Rousseau, y además es un Estado provisional que mejora a través del pacto social que crea la sociedad y también el Derecho positivo, cuando en Rousseau, la sociedad ha empeorado la situación del hombre natural, el buen salvaje.

Nos quedaría que reflexionar sobre el tema en Marx. Se puede pensar que entre el Estado de naturaleza de los liberales antes del Estado de sociedad y la utopía marxista de la sociedad comunista después de la sociedad burguesa como última etapa de la vida social humana existen algunas conexiones. Quizá esta sustitución del Derecho por el amor, por la fraternidad, sea el punto de contacto entre ambas situaciones, aunque éste sea un punto muy confuso y, por tanto, muy discutido entre los intérpretes de Marx³². El texto en el que me fijo ha sido muchas veces utilizado para sostener la tesis del Marx partidario de la desaparición del Derecho, tesis compleja y que no me parece clara en un análisis integral del pensamiento de Marx. En este texto, sin embargo, sí creo que se pone de relieve que en la sociedad comunista desaparecerá el Derecho. Me refiero al conocido párrafo de la *Crítica del programa de Gotha*:

«En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual, cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida, sino la primera necesidad vital, cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades!...»³³.

Estamos en el horizonte utópico de Marx, que llama aquí la fase superior de la sociedad comunista con una raíz libertaria. Ciertamente que con una diferencia importante respecto al Estado de naturaleza de Rousseau, porque no hay rechazo del progreso, sino todo lo contrario. Esa fase superior es precisamente el último escalón del progreso huma-

³² Véase Elías Díaz, «Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado», en *Sistema*, núm. 38-39, Madrid, octubre de 1980, págs. 29 a 66.

³³ «Crítica del programa de Gotha», tomado de la edición de E. Tierno Galván, *Antología de Marx*, Edicusa, Madrid, 1975, págs. 267 y 268.

no, con desarrollo integral de los individuos, de las fuerzas productivas y de la riqueza colectiva. Lo cierto es que en ese momento soñado o esperado por Marx desaparece la desigualdad, se termina la escasez y se impulsa hasta el infinito la riqueza. En ese panorama, dice Marx, se rebasará «el estrecho horizonte del Derecho burgués». Esta expresión ha sido entendida por muchos como un anuncio de la desaparición del Derecho. Pienso, por el contrario, que de ella misma sólo se puede deducir la desaparición del Derecho burgués. Y es evidente que en una sociedad que supere la forma de producción capitalista el ordenamiento jurídico que resulte no podrá ser llamado Derecho burgués. Por eso afirmar que en ese supuesto se rebasaría el estrecho horizonte del Derecho burgués no supone, a mi juicio, anunciar la desaparición total del Derecho.

Se puede incluso pensar, y yo mismo lo he venido sosteniendo hasta ahora, que la última parte del texto —«... la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades!»— es el criterio material de justicia de Marx para la sociedad comunista. Es decir, que el propio Marx, al establecer un principio de justicia material, está expresamente negando la tesis de la desaparición del Derecho. Me parece, sin embargo, que no estemos ante una proposición que recoge un postulado de justicia, sino ante una expresión más vinculada al círculo del amor, por lo cual he situado a Marx en este modelo. No se olvide que en ese paraíso que Marx anuncia en este texto ha desaparecido la desigualdad y la explotación y reina la abundancia. ¿Es necesario en tal situación el Derecho y su objetivo la justicia? David Hume dará una interesante respuesta en su *Encuesta sobre los principios de la moral*³⁴.

«... Supongamos que la naturaleza haya acordado a la raza humana una tan profusa abundancia de todas las ventajas exteriores que, sin la menor incertidumbre por el acaecimiento, sin ningún cuidado y sin ninguna habilidad por nuestra parte, cada individuo se encuentra plenamente abastecido de todo lo que sus apetitos más insaciables pueden querer o lo que su imaginación más desbordante puede desear y anhelar. Su belleza natural, supongamos, superaría todos los adornos adquiridos, la perpetua templanza del tiempo haría inútil todo vestido y toda protección, los vegetales crudos le aportarían el menú más delicioso: una fuente límpida, la bebida más deliciosa. Ninguna necesidad de trabajar con esfuerzo, ni de labranza, ni de navegación. La música, la poesía y la contemplación constituirían nuestras únicas ocupaciones; la conversación, la alegría y la amistad nuestras únicas diversiones.

³⁴ La primera pista de este, a mi juicio interesante enfoque, surgió en una agradable conversación en el tren de vuelta de Valencia con el profesor Rodríguez Paniagua después de una tesis doctoral en cuyo tribunal habíamos participado ambos. El profesor Rodríguez Paniagua apuntó esta idea cuando yo le hablaba del texto de Marx, en relación con el problema del Derecho y del amor. Mi reconocimiento es, por consiguiente, de toda justicia, para mi querido compañero y amigo.

Evidentemente, parece que en este estado de felicidad todas las otras virtudes florecerían y recibirían diez veces más desarrollo, pero la prudente y celosa virtud de la justicia no habría sido pensada por los hombre ni una sola vez. ¿Con qué finalidad habría repartido los bienes cuando cada uno tendría más que suficiente? ¿Por qué instituir la propiedad cuando, sin duda, ningún perjuicio se puede producir? ¿Por qué llamar mío este objeto cuando, si otro hombre se lo apropia, no tengo más que extender la mano para poseer otro de igual valor? La justicia, que en este caso sería totalmente inútil, sería un ceremonial vano y no podría encontrar nunca su puesto en el catálogo de las virtudes»³⁵.

El contexto en que se sitúan ambos textos es, ciertamente, muy diferente, pero del de Hume se desprende la interesante idea de que donde no existe la desigualdad, ni la escasez, ni la opresión, es superflua la justicia y, por consiguiente, el Derecho. En la sociedad que describe Marx en la última fase de la sociedad comunista se producen esas condiciones, y no es absurdo pensar que el lema de «cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades» es más bien expresión de fraternidad y de amor que de contenido material de justicia. En otro contexto Aristóteles llegaba, desde un punto de vista distinto, a un planteamiento similar, aunque nuestra autolimitación al mundo moderno nos impida entrar más a fondo en él³⁶. Cuando Marx sueña en su utopía de la última fase de la sociedad comunista está sustituyendo al Derecho y a la justicia por el amor, la amistad y la fraternidad, según el texto de la *Crítica del programa de Gotha*. No me parece, pues, arbitrario situar a Marx en este modelo, aunque otros muchos textos y también su propia actitud vital le alejan de la imagen del tipo de persona que puede sostenerlo³⁷.

³⁵ El texto está traducido de la versión francesa *Enquête sur les principes de la morale*, en la versión de André Leroy, Aubier, Montaigne, París, 1947, págs. 37 y 38.

³⁶ En efecto, en el Libro VIII-1 de la *Ética a Nicómaco*, dirá Aristóteles: «Parece, además, que la amistad mantiene unidas a las ciudades y que los legisladores consagran más esfuerzos a ella que a la justicia: en efecto, la concordia parece ser algo semejante a la amistad, y es a ella a lo que más aspiran, mientras que lo que con más empeño procuran expulsar es la discordia, que es la enemistad. Y cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, mientras que aún siendo justos necesitan además de la amistad y parece que son los justos los más capaces de amistad...» (*op. cit.*, pág. 122.)

³⁷ Véase, en ese sentido, las clásicas obras de F. Mehring, *Karl Marx. Geschichte seines lebens*, Leipzig, 1918, y de K. Vorländer, *Karl Marx. Sein Leben und sein Werk*, Leipzig, 1929. También la obra de I. Berlin, *Karl Marx. His life and Environment*, Londres, 1939. En castellano está la obra de Werner Blumenberg, *Karl Marx en documentos propios y testimonios gráficos*, traducción castellana de Helga Pawlowski, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1970.

III. BASES PARA UNA PROPUESTA INTEGRADORA

No creo, sin embargo, que ninguno de los tres modelos descritos hasta ahora sean los que de manera más adecuada reflejen las relaciones que en el mundo moderno, desde el punto de vista interno, existen entre el Derecho y el amor. Si pensamos que en el ámbito cultural en el que nos situamos la sociedad democrática, con su compleja evolución histórica desde los siglos XVII y XVIII, es la forma de organización política que se implanta progresivamente, de sus postulados y de sus realidades históricas se deduce una relación entre Derecho y amor, de coexistencia, de interconexión y de mutua asistencia.

Al Derecho producto del poder, propio del mundo moderno, se añade un punto de vista que fundamenta el sistema político democrático y, consiguientemente, jurídico en la idea de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. Una antropología relativamente optimista o simplemente realista permite sostener la comunicación y la mutua necesidad del Derecho y del amor. Frente a la idea del odio como motor de la vida política, en la sociedad democrática, la amistad cívica, el respeto al otro, la tolerancia, la participación en empresas comunes necesita la concurrencia del Derecho y del amor. Yo diría incluso que es en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el Derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro. Son ideales de justicia inspirados por el amor, por lo que no se puede, a mi juicio, sostener, como lo hace Aristóteles, la incompatibilidad entre la amistad —que es una forma del amor— y la justicia. A través de los derechos fundamentales, en todas sus facetas individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del Derecho el desarrollo integral de la persona, y esa colaboración del Derecho con el esfuerzo ético tendente a conquistar la libertad moral, la libertad autonomía, la *libertas maior* de los clásicos, es obra a su vez de una relación de apoyo mutuo entre el Derecho y el amor.

Por otra parte, el Derecho no actúa solamente sobre personas individuales, sino que actúa sobre grupos humanos, sobre colectivos, sobre conjuntos de personas individuales. Muchas veces esos colectivos no se aglutinan por su fin a conseguir, por una idea unificadora, sino que existen por lazos menos racionales, menos preconcebidos y positivamente vinculados al círculo del amor, de la amistad, de la fraternidad. Desde la famosa distinción de Tönnies entre *Gesellschaft* (sociedad) y *Gemeinschaft* (comunidad)³⁸, con matices diferenciadores, se ha solido atribuir

³⁸ La primera edición de *Gesellschaft und Gemeinschaft* es de 1887. La edición francesa manejada, *Communauté et Société*, está editada en Presses Universitaires de France, París, 1944.

como elementos aglutinadores de la comunidad a la comunidad de sangre, comunidad de lugar y a la comunidad espiritual (consenso mental). Así, frente a la sociedad, forma de relación social caracterizada por la finalidad racional a conseguir, la comunidad se caracteriza por tres relaciones esenciales: la relación de parentesco, de vecindad y de amistad (Tönnies). Gurvitch³⁹ afirma la existencia en la comunidad de una identidad de pensamientos, sentimientos y conductas con una fuerte solidaridad. Próximo a Tönnies, H. Schmalenbach añade a las categorías de sociedad y comunidad la de *Bund*, caracterizada por su esencia carismática y muy influida por los efectos, es decir, por el amor⁴⁰. Para lo que a nosotros nos interesa, sin entrar más a fondo en los análisis de las formas de agrupación social establecidas por la sociología, lo cierto es que ciertos tipos de agrupaciones humanas se aglutinan por elementos afectivos como la amistad o el amor. Por eso, la relación entre Derecho y amor es, como aquí la estamos caracterizando, incluso fuera de la sociedad democrática, porque el Derecho debe tener en cuenta al amor como elemento integrante no solamente de la propia vida humana, de la estructura de todo ser humano, que es además sujeto de Derecho *homo juridicus*, sino también de muchas formas de agrupación humana integradas precisamente por ese elemento del amor.

El modelo que en el mundo moderno, y especialmente en la sociedad democrática, describe mejor la relación entre el Derecho y el amor es el de la coexistencia, el de la interdependencia y la mutua influencia en la vida social humana. Naturalmente, como afirmaba al principio, estos modelos no se dan puros en la compleja realidad. No me cabe duda, sin embargo, de que es éste el que más se aproxima a la realidad.

³⁹ Véase *Essais de Sociologie*, Sirey, París, 1938.

⁴⁰ Véase H. Schmalenbach, «Die soziologische Kategorie des Bundes», en *Dioskuren*, tomo I, Munich, 1922.